

De onschuldpresumptie onder de wals van een nationale identiteitsobsessie

Ferry de Jong en Leonie van Lent

Inleiding

‘Alles hangt met alles samen.’ Deze door Chrisje Brants veelvuldig herhaalde uitspraak symboliseert voor ons in hoge mate haar wetenschappelijk oeuvre: de zoektocht naar de ontrafeling van de kluwen, naar te duiden verbanden tussen het maatschappelijke, sociologische en juridische veld, tussen het nationale, het vreemde en het internationale recht en tussen de door haar frequent bezochte thema’s onderling. In deze bijdrage willen wij ons wagen aan een poging om een aantal denkrichtingen en thema’s uit haar werk met elkaar te verbinden, met als doel: het leveren van een aanzet tot een herwaardering van het beginsel van de onschuldpresumptie.

Wie zich, zoals Chrisje Brants, bezighoudt met thema’s als openbaarheid van rechtspleging, de media in het strafrecht en de persvrijheid wordt onherroepelijk gedwongen zich te onderhouden met de onschuldpresumptie. Hoewel voorvechter van transparantie in de strafrechtspleging, benadrukt zij ook de negatieve consequenties voor de verdachte en de integriteit van de strafrechtspleging van de tegenwoordige (vormen van) aandacht van de media voor de strafrechtspleging en de invloed van de media op de beeldvorming over individuele strafzaken.¹

Dat de onschuldpresumptie daarbij in haar werk niet leidend toetsingskader is, maar een van de normen (met de rechten op een eerlijk proces en op privacy) die het door haar geïdentificeerd contragewicht van de media-aandacht aanduidt, moge op het eerste gezicht wellicht verbazen, maar is bij nader inzien een noodzakelijke keuze voor iemand die de botsing van rechten in het speelveld van media en strafrechtspleging overtuigend over het voetlicht wil brengen. En dat is precies het punt. Hoezeer ook dankzij haar Latijnse naam omrand door een aureool van historische (ge)hardheid, lijkt de *praesumptio innocentiae* een ondragelijk zachte norm.

Wij willen in deze bijdrage een lans breken voor een meer op haar kern gerichte benadering van de onschuldpresumptie. Wij volgen daartoe een op het eerste oog wat eigenaardige omweg: wij staan in de volgende paragraaf eerst stil

¹ C.H. Brants, ‘Trial by media: publiciteit in het vooronderzoek’, in: A.H.E.C. Jordaans et al. (red.), *Praktisch strafrecht, liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 46-48.

bij enige aspecten van wat wordt genoemd ‘transitional justice’ en contrasteren deze met een beschrijving van enige aspecten van de traditionele nationale strafrechtspleging. De confrontatie tussen beide stereotypen dient vervolgens als uitgangspunt voor een identificatie van wat wij aanzien voor trekken van transitional justice binnen het huidige nationale strafrechtelijke systeem in Nederland. Van daaruit steken we over naar het vraagstuk van de waarde die aan de praesumptio innocentiae moet worden toegekend.

Transitional justice versus traditional justice

Transitional justice: beelden, herinneringen en diepe controversen

Als aangekondigd vangen wij onze tentatieve zoektocht aan met een omtrekken-de beweging. Wij vestigen allereerst de aandacht op een moeilijk grijpbare thematiek die kan worden gevat onder de algemene noemer van ‘transitional justice’ – een veelzijdige thematiek waarmee bepaald méér disciplines dan enkel de juridische zich onledig houden. Het wekt daarom geen verbazing dat transitional justice als onderzoeksthema – naast vele andere – niet aan de wetenschappelijke aandacht van Chrisje Brants heeft kunnen ontsnappen. Wij doen in het onderstaande geen poging recht te doen aan de schier oneindige hoeveelheid facetten die onder de algemene noemer van transitional justice schuilgaan. Met een grove reductie van het concept beogen wij niet meer maar ook niet minder te bieden dan een presentatie van een denkfiguur, in de hoop dat de noodgedwongen wat karikaturale opmerkingen die wij ons veroorloven daarover te maken, iets kunnen leren over enige hedendaagse tendensen die wij binnen het Nederlandse strafrecht en de Nederlandse strafrechtspleging menen te kunnen signaleren.

Wij sluiten aan bij een grove aanduiding van de essentie van het fenomeen, geboden door Chrisje Brants: ‘Transitional justice is concerned with both settling accounts after violent conflict and/or repression, and coming to terms with the traumatic damage inflicted on individuals and society; with the definition of heroes and villains, victims and perpetrators; with the delineation of the morality and immorality of past events and actions. It is inextricably bound up with history-telling and attempts to develop shared collective memories, for it looks towards a viable future by making a certain specific sense of past events.’² Transitional justice is met andere woorden een verzamelnaam voor initiatieven die erop zijn gericht een vreedzame samenlevingsorde te herstellen na langdurige of kortstondige, maar in ieder geval heftige politieke, religieuze en/of sociale conflicten waarin vaak vele (dodelijke) slachtoffers zijn gemaakt en diepe wonden zijn geslagen.

De initiatieven die men met het oog op deze doelstelling kan ontplooiën, vertonen een grote verscheidenheid. Meestal wordt de term transitional justice

2 C.H. Brants, ‘Introduction’, in: C.H. Brants et al. (red.), *Transitional justice*, Farnham: Ashgate 2013, p. 1-2.

gereserveerd voor de *officiële* politieke en/of juridische instrumenten die door of vanuit nationale of internationale mogelijkheden worden ingezet. In dat verband kan het gaan om ‘zachte’ instrumenten zoals officiële herdenkingsprojecten, vergoedings- of herstelprogramma’s ten behoeve van bepaalde belangengroepen, of publieke van overheidswege gemaakte verontschuldgingen. Ook het ‘hardere’ instrument van een waarheids- en verzoeningscommissie is binnen de context van transitional justice meer dan eens ingeschakeld. Ten slotte worden in voorkomende gevallen ook bij uitstek ‘harde’ instrumenten als nationale strafprocedures of internationale straftribunalen aangewend.³ Bovendien wordt benadrukt dat ook *onofficiële*, dat wil zeggen door lokale bevolkings- of belangengroepen min of meer ‘spontaan’ ontwikkelde initiatieven een niet te onderschatten rol kunnen spelen binnen transitional justice-contexten. Dergelijke ‘grassroots’-initiatieven kunnen de werking van de officiële transitional justice-instrumenten aanvullen of ondersteunen, maar ook contesteren of ondermijnen.⁴

Kenmerkend voor alle vormen van transitional justice is hoe dan ook dat men bepaalde methoden aanwendt teneinde een door oorlog of conflict geteisterd tijdperk af te sluiten en een overgang te bewerkstelligen naar een nieuwe tijd, gekenmerkt door ‘respect for the rule of law and human rights’.⁵ Dit impliceert dat de uiteenlopende initiatieven die te dien einde in het leven worden geroepen door een hoog ambitieniveau worden gekenmerkt. In de meeste gevallen moet niet slechts een toestand van ‘law and order’ worden hersteld of geheel opnieuw worden opgebouwd, maar moet in feite een geheel nieuwe samenlevingsorde worden geconstrueerd waarbinnen verschillende bevolkingsgroepen die voorheen lijnrecht tegenover elkaar hebben gestaan weer tot elkaar zijn gebracht.

Transitional justice heeft betrekking op situaties waarin niet alleen overeenstemming ontbreekt over het antwoord op *feitelijke*, historische vragen, zoals: wat is er tijdens een periode van conflict feitelijk gebeurd, wie heeft aan wie wanneer welk leed berokkend? Maar veelal ontbreekt ook en zelfs de nodige consensus over de inhoud en betekenis van de *normen* waaraan het geheel aan omstandigheden, gebeurtenissen en gedragingen van het voorbije verleden dient te worden getoetst. Eerst zodra beide typen vragen in afdoende mate zijn beantwoord, kan worden begonnen met de opbouw van een nieuwe orde. Veel auteurs wijzen erop dat juist een dergelijke zoektocht naar een nieuwe consensus die nodig is voor de beslechting van beide soorten controversen, gepaard gaat met zeer moeizame processen waarbinnen verschillende belangengroepen en actoren elkaars waarheidsclaims om het hardst bestrijden.⁶

Dit is mede het geval omdat de nieuwe samenlevingsorde moet zijn gevestigd op een nieuw, samenbindend *verhaal* over de identiteit van de politieke gemeen-

3 D. Celermajer, ‘The role of ritual is shifting collective dispositions’, in: C.H. Brants et al. (red.), *Transitional justice*, Farnham: Ashgate 2013, p. 124.

4 Zie K. Klep, ‘Transitional justice and local memory: commemoration and social action in Londres 38, Espacio de Memorias’, in: C.H. Brants et al. (red.), *Transitional justice*, Farnham: Ashgate 2013.

5 Celermajer, 2013, p. 124.

6 Zie bijvoorbeeld Celermajer, 2013 en Klep, 2013.

schap in kwestie, dat wil zeggen: een verhaal dat mede de vraag betreft wie van de politieke gemeenschap deel uitmaken en daarmee op voet van gelijkheid zijn onderworpen aan de nieuwe juridische ordening onder het gezag waarvan de gemeenschap zich collectief stelt.⁷ Transitional justice heeft in zoverre dus duidelijk ‘revolutionaire’ pretenties: de transitional justice-initiatieven moeten definitief afrekenen met de chaos van het verleden en daarvoor in de plaats een nieuwe orde stellen. Om dit te bereiken spant men zich in om een gedeeld narratief te ontwikkelen, zowel met betrekking tot hetgeen wordt afgewezen (het verleden, de gruwelen en mensenrechtenschendingen die hebben plaats gevonden), alsook met betrekking tot hetgeen moet komen (een nieuwe, vredige samenleving waarin fundamentele rechten zijn gewaarborgd).⁸

Binnen het kader van waarheids- en verzoeningscommissies gebeurt dit bijvoorbeeld voornamelijk door slachtoffers van mensenrechtenschendingen – degenen dus wier stem gedurende het conflict waarmee moet worden afgerekend nu juist steeds gesmoord is geweest – aan het woord te laten, alsnog een stem te geven.⁹ Uiteindelijk moet een verhaal tot stand komen waarin voldoende stemmen van voldoende betrokken groepen en individuen doorklinken. Indien aldus voldoende recht wordt gedaan aan wat wordt genoemd de ‘social imaginary’ binnen een gemeenschap, kan een metterdaad *gedeeld* narratief worden gevormd dat dragend is voor de identiteit van de desbetreffende politieke gemeenschap.

Traditional justice: stabiele orde en gestolde moraal

Tegen dit – het zij herhaald: stereotypische – beeld van transitional justice steken de vormen van ‘traditional justice’ een stuk minder ambitieus af. Met de term traditional justice doelen wij in dit verband vooral op de Nederlandse strafrechtspleging in traditionele zin. In wederom stereotypische zin heeft de traditionele strafrechtspleging in Nederland bepaald weinig uit te staan met enig streven naar ‘mythevorming’ of naar de fabricatie van stichtingsverhalen over onze natie die uitdrukking geven aan de identiteit van onze samenleving of politieke gemeenschap. Eerder is het omgekeerde het geval: in het strafrecht worden daden onderzocht en beoordeeld die schendingen vormen van normen ten aanzien waarvan wij langs de democratisch gelegitimeerde wegen van de wetgeving, soms kort geleden maar vaak al lang en breed, hebben *afgesproken* dat zij zo wezenlijk zijn dat zij strafrechtelijk dienen te worden gehandhaafd. Met andere woorden: het verhaal over de identiteit van de politieke gemeen-

7 In wezen wordt onder verwijzing naar een nieuw gedeeld narratief over de identiteit en oorsprong van de politieke gemeenschap de bron van de soevereiniteit of politieke macht binnen de politieke gemeenschap opnieuw in een verhaal gevat en daarmee gedefinieerd. Vgl. hierover in algemenere zin de fascinerende studie van P.W. Kahn, *Political theology*, New York: Columbia University Press 2011.

8 Een associatie met het concept van een paradigma-shift dringt zich hier op. Vgl. Th. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, Chicago: Chicago University Press (1962) 1970, p. 5.

9 Zie Klep, 2013.

schap is er al en de samenlevingsorde is reeds netjes in codes neergelegd; en iedere misse daad is een uitzondering die enkel de regel bevestigt.

Binnen de strafrechtspleging in traditionele zin zijn afwijkingen van de regel (misdaden) doorgaans zonder problemen codeerbaar (of kwalificeerbaar) in de termen van de geldende normen. Hoewel zij natuurlijk kunnen bestaan in ernstige en uiterst verwerpelijke daden, zijn die afwijkingen toch in die zin ‘neutraliseerbaar’ dat hun voorkomst niet het normatieve systeem als zodanig bedreigt, dus niet het vertrouwen ondermijnt in de *gelding* van de normen waarvan zij de vastgestelde afwijking vormen. In het kader van transitional justice, daarentegen, moeten dat normatieve systeem en het vertrouwen in de gelding van normen nog goeddeels worden tot stand gebracht. Anders dan in traditional justice kan in transitional justice dus niet worden uitgegaan van de zelfverzekerde positie van een samenleving die al *weet* welke belangen en waarden en normen vitaal zijn voor haar voortbestaan en daarmee voor haar identiteit, en die weet wat ze kan herkennen als een schending daarvan.

Binnen transitional justice-contexten vormt de optekening van een verhaal waarin verschillende reminiscenties besloten liggen van een aan de politieke gemeenschap in kwestie toegedachte oorsprong en identiteit de *inzet* van de verschillende ingezette instrumenten. Binnen transitional justice-contexten, zo bleek eerder, wordt immers gebruik gemaakt van uiteenlopende instrumenten die in al hun diversiteit in ieder geval dit gemeen hebben dat zij een sterk beroep doen op herinneringen, op beelden en narratieven van de voorbije verschrikkingen. De toegepaste instrumenten dienen aan deze narratieven, beelden en herinneringen voldoende recht te doen, willen zij op z’n minst enigszins beantwoorden aan hun ‘revolutionaire’ doelstelling: het ontwikkelen van collectief gedeelde herinneringen waarmee een specifieke zin wordt verleend aan het verleden, waarop bovendien een levensvatbare toekomst kan worden gevestigd. Het principiële verschil met traditional justice is er nu juist in gelegen dat dit achtergrondverhaal binnen een dergelijke context in beginsel niet door diepe controversen is omgeven. Integendeel: binnen traditional justice vormt een dergelijk verhaal de stilzwijgende, doorgaans niet als zodanig bediscussieerde achtergrond waartegen alle concrete normtoepassingen in het recht plaatsvinden.¹⁰

Het is belangrijk om niet uit het oog te verliezen dat ook de juridische operaties die binnen het verband van een *stabiele* rechtsorde worden uitgevoerd, steeds althans *impliciet* refereren aan een ‘achtergrondverhaal’. Dikwijls wordt beweerd: recht is gestolde moraal.¹¹ Langs de weg van juridische ordening wordt een kunstmatige ruimte geschapen die op afstand staat van de morele eisen waardoor in meer onmiddellijke zin een samenleving wordt beheerst. Dit kan

10 Dat betekent niet dat een dergelijk verhaal nooit ter sprake wordt gebracht; vgl. hoe bijvoorbeeld in de Verenigde Staten op tal van momenten binnen juridische contexten (‘We, the people...’) wordt verwezen naar het ‘achtergrondverhaal’ van constitutie en ‘founding fathers’; zie Kahn, 2011.

11 Ten overvloede: een dergelijke bewering committeert de spreker nog niet aan een bepaalde positie binnen het rechtsfilosofische spectrum tussen natuurrechtsleer en rechtspositivisme of aan een van de – soms nauwelijks nog van elkaar te onderscheiden – tussenposities zoals het ‘inclusive legal positivism’. Zie bijvoorbeeld S.J. Shapiro, *Legality*, Cambridge: Belknap Press 2011.

worden verduidelijkt met enige opmerkingen over de *functie* van het recht in het algemeen en het strafrecht in het bijzonder. Natuurlijk dient het recht verschillende, somtijds conflicterende doelen en is het doen van uitspraken over ‘de’ functie van het recht daarom altijd een hachelijke onderneming. Maar op abstract niveau heerst over de inhoud van die functie wel enige consensus: het recht onderwerpt de intersubjectieve leefwereld aan een objectieve ordening, en wel met het oog op de totstandbrenging of instandhouding van een afdoende mate van intersubjectief vertrouwen in de gelding en naleving van normatieve verwachtingen binnen de sociale wereld.

Het *strafrecht* moet worden beschouwd als het *sluitstuk* van de wijze waarop een samenleving zichzelf in een juridische orde objectiveert.¹² Aan het uiteinde van het proces van juridische ordening van de werkelijkheid staat het strafrecht, als agressief sluitstuk van de totale juridische orde: indien minder ingrijpende interventies een persoon niet in het gareel houden, kan hij desnoods kwaadschiks, dus strafrechtelijk, ‘tot de orde’ worden geroepen.¹³ De krachtige bescherming van het strafrecht valt te beurt aan waarden en belangen die binnen een gegeven samenleving worden aangezien voor de meest vitale, meest wezenlijke. Het gaat hierbij om waarden en belangen onder aanroeping waarvan een samenleving uitdrukking geeft aan haar ‘identiteit’.¹⁴

Morele normen worden dus, ‘gestold’ in de verschillende aansprakelijkheidsregels van het positieve strafrecht, door het strafrechtelijk systeem gehandhaafd en bevestigd met het oog op de instandhouding van een afdoende mate van intersubjectief vertrouwen in de gelding en naleving van die normen. Welke mate van vertrouwen als afdoende wordt beschouwd, en welke verwachtingspatronen in aanmerking worden genomen als rechtens beschermenswaardige belangen, kan niet in algemene zin worden uitgemaakt: dit zal noodzakelijkerwijs afhangen van tot op grote hoogte contingente maatschappelijke, culturele en historische factoren. Verderop zullen wij onder de noemer ‘contrafacticeit’ nog op dit gegeven terugkomen. Voor nu volstaat evenwel de herhaalde vaststelling dat in de juridische objectivering een verhaal schuil gaat dat uitdrukking geeft aan de identiteit van een politieke gemeenschap.

Aspecten van ‘transitional justice’ in het Nederlandse strafrecht?

Het traditionele ‘verhaal’ van het Nederlandse strafrecht

Hierboven beweerden wij dat de maatschappelijke functie die van oudsher aan het strafrecht wordt toegedacht, bestaat in de bescherming van een afdoende mate van intersubjectief vertrouwen in de gelding en naleving van de kardinale

12 Zie G.C.G.J. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, Bussum: Coutinho 1993, p. 203.

13 L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht* (inaugurale rede Rotterdam), Deventer: Kluwer 1965, p. 18.

14 R. Foqué, ‘Kwetsbaarheid aan het woord brengen: tegen strafrechtelijk instrumentalisme’, in: F. Verbruggen et al. (red.), *Strafrecht als roeping, liber amicorum L. Dupont*, Leuven: Universitaire Pers 2005, p. 1123-1142, spreekt van de strafrechtelijk beschermde rechtsbelangen als ‘achilleshiel’ van de samenleving. Vgl. Kahn, 2011, in het bijzonder p. 137-147.

samenlevingsnormen. Het strafrecht garandeert hiertoe niet dat tegen iedere doorkruising van zijn normen wordt opgetreden; doet het dat wel, dan raakt het onvermijdelijk in de ban van de beheersing van zijn eigen defecten. Maar het strafrecht zoekt met de frequentie waarmee het in het geweer komt tegen normschendingen wel te voorkomen dat de teleurstelling en frustratie, die door delicten worden veroorzaakt, omslaan in eigenrichting.¹⁵ Het strafrecht haalt dus zagezegd de ‘druk van de ketel’. Deze nog erg grove aanduiding van één van de voornaamste functies van het publieke strafrecht vormt een leidend motief binnen het ‘verhaal’ dat de legitimerende gronden onder bestaan, inrichting en werkzaamheid van het traditionele Nederlandse strafrecht en de Nederlandse strafrechtspleging relateert.

Voordat wij ingaan op enige tendensen in het hedendaagse Nederlandse strafrecht die zouden kunnen worden geduid als (sterk geminiaturiseerde) transitional justice-kenmerken, dient eerst wat meer licht te worden geworpen op de inhoud van het ‘gedeelde narratief’ waarin de afgelopen decennia de bressen zouden zijn geslagen. Het spreekt vanzelf dat wij hieronder niet anders dan met zevenmijlslaarzen door dit narratief heen zullen kunnen stappen. Evenmin behoeft betoog dat de navolgende uiteenzetting maar één van de vele mogelijke versies van een dergelijk verhaal vertegenwoordigt; niettemin beelden wij ons in dat in onze uiteenzetting de voornaamste bouwstenen figureren die, met wisselende accenten, ook van andere relazen over de grondslagen van het traditionele Nederlandse strafrecht een vast onderdeel vormen. Wij delen ons verhaal in overeenkomstig een topografisch onderscheid tussen de ‘voorzijde’, de ‘achterzijde’ en de tussengelegen procesfase van het strafrechtelijk systeem.

Over de ‘voorzijde’ van het strafrechtelijk systeem (de ‘input’-zijde) kunnen wij kort zijn: de hierboven aangeduide functie van het strafrecht biedt een deel van een verklaring voor de grote machtsconcentratie bij het Openbaar Ministerie die het resultaat vormt van de koppeling van het vervolgingsmonopolie en het opportuniteitsbeginsel: het is de overheid die zich uit naam van de gemeenschap de schending van bepaalde rechtsbelangen primair aantrekt, en het is diezelfde overheid die (op het correctieventiel van de beklagmogelijkheid van artikel 12 Sv na) bij uitsluiting van ieder ander bevoegd is om wederom uit naam van de gemeenschap en dus in het algemeen belang zelfstandig te beslissen of en, zo ja, hoe tot vervolging wordt overgegaan.

De achterzijde van het strafrechtelijk systeem (de ‘output’-zijde) betreft de uiteindelijke beslissing van de rechter, de tenuitvoerlegging van diens vonnissen, en de doelen die daarmee gediend heten te zijn. De titel van dit hoofdstuk in het verhaal over de legitimerende grondslagen van ons strafrechtelijk systeem luidt: de *verenigingstheorie*. De ontwikkelingsgeschiedenis van de verenigingstheorie is op zichzelf reeds een bekend verhaal. In de verenigingstheorie zijn gezichtspunten uit de Klassieke en de Moderne richting ‘verenigd’, zodanig dat van beide oriëntaties de scherpe kanten zijn afgesleten. De Klassieke richting

15 Zie C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1; P. Ricoeur, *Reflections on The Just*, Chicago/Londen: University of Chicago Press 2007, p. 223-231.

oriënteerde zich sterk op de uitwendig waarneembare daad en had slechts zijdelings aandacht voor de persoon van de dader. De Neo-Klassieken brachten weliswaar in het voetspoor van Kant en Hegel het belang van de schuld naar voren (de dader moest de misdadige gedraging hebben *gewild* om strafbaar te zijn), maar die schuld werd doorgaans koudweg verondersteld en alleen bij hoge uitzondering werd de eventuele mogelijkheid van haar afwezigheid voorwerp van nadere rechterlijke aandacht. Rechtsgrond en wezen van de straf waren daarmee gelegen in de *vergelding* van de doorgaans veronderstelde persoonlijke schuld aan een door de strafwet ondubbelzinnig als wederrechtelijk bestempelde gedraging.

Maar met zijn overheersende nadruk op de vergelding als het absolute aspect van de straf, bleek de Klassieke strafrechtsbeoefening na verloop van tijd te *désengagé* van de wereld waaruit de mensen afkomstig waren die de strafrechter vóór zich kreeg.¹⁶ Onder meer de hoge recidive onder de leden van de nieuw gegroeide onderklasse effende de weg voor de inzichten van de Moderne richting. Deze inzichten werden nadrukkelijk ondersteund met empirische onderzoeken die werden gewijd aan individuele delinquenten en groepen van delinquenten. De concurrentie die de abstracte, formeel-juridische benadering van de functie van het strafrecht te verduren kreeg met de opkomende gedrags- en maatschappijwetenschappen verlegde de blikrichting: in de plaats van de retrospectieve nadruk op de vergelding kwam de prospectieve aandacht voor de *doelen* die met de strafrechtelijke sancties werden nagestreefd.¹⁷ Onder meer met speciaal op de individuele dader gerichte maatregelen zocht men de maatschappij te beschermen. Het binnen de Klassieke richting hooggehouden beginsel van een aan de schuld en (vooral) de objectieve ernst van het strafbare feit proportionele bestraffing verloor binnen de Nieuwe richting zijn heilige status.

In de verenigingstheorie komen beide oriëntaties, de absolute en de relatieve, samen.¹⁸ Wél stond daarbij het besef voorop dat het strafrecht altijd een verlegenheidsoplossing is en ook moet zijn ('ultimum remedium'); alleen als geen enkel ander kruid gewassen is of blijkt te zijn tegen bepaalde onduldbare gedragingen, kon de botte bijl van het strafrecht uit het magazijn van staatsingrepen tevoorschijn worden gehaald. Maar áls het strafrecht dan werd gebruikt, dan werd dat gebruik wel geacht gepaard te moeten gaan met de nodige waarborgen voor betrokkenen én met de noodzaak om een 'verhaal' klaar te hebben ter rechtvaardiging van de uiteindelijke sanctie. Dit verhaal was kortweg als volgt. De proportionele vergelding is het wezen en de rechtsgrond van de straf; daarnaast diende de straf te beantwoorden aan een of meer op een maxi-

16 Zie W.P.J. Pompe, 'De persoon des daders in het strafrecht' (inaugurale rede Utrecht 1928), in: *Gedachten van Willem Pompe over de mens in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008.

17 Zie Pompe, 2008; W.H. Nagel, 'Het strafrecht en de onmens' (inaugurale rede Leiden 1956), in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 59-81; en C.H. Brants, *Over levende gedachten* (inaugurale rede Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 10-12.

18 Vanuit het perspectief van het Verlichtingsdenken: J.A.A.C. Claessen, 'Strafrecht en Verlichting', *Justitiële Verkenningen* 2013, afl. 1, p. 121-136.

maal verwacht positief effect afgestemde strafdoelen, die de straf evenwel niet boven de maat van de aan schuld en objectieve ernst van het feit proportionele vergelding mochten uitstuwten. Dit verhaal heeft lange tijd *in abstracto* goed zijn werk kunnen doen zonder dat men werd gedwongen nu toch eens nader uit te leggen wat dan wel *concreet* bedoeld werd met die zogenaamde proportionele vergelding, en vooral hoe die evenredigheid bemeten werd. Het ‘Fingerspitzengefühl’ van de rechter volstond, althans daarop werd in overwegende mate vertrouwd.¹⁹

Wat ten slotte de tussen voor- en achterzijde gelegen procesfase aangaat: het denken over het strafproces vormt binnen het verhaal over de legitimerende grondslagen van het strafrecht ook een hoofdstuk op zichzelf. Dat doet het nog niet zo bijzonder lang: de constructie van het verhaal van het strafrecht is aangevangen met de gedachtevorming over de rechtvaardiging van de straf en pas later is daar de gedachtevorming over de betekenis van het strafproces bij betrokken. Het is vooral Peters geweest die de door hem zo genoemde ‘zelfstandige betekenis’ van het strafproces met kracht over het voetlicht heeft gebracht.²⁰ Hij benadrukte dat tussen de door het Openbaar Ministerie geleverde ‘input’ en de door de rechter geleverde ‘output’ een proces plaats heeft waarbinnen iets *gebeurt* dat van zelfstandige betekenis is in verhouding tot de functie van het strafrechtelijk bedrijf: reeds in de loop van het geritualiseerde strafproces – en dus niet pas bij gelegenheid van de eventueel daarop volgende strafoplegging, laat staan de straftenuitvoerlegging – kan de door Vrij zo genoemde ‘subsocialeit’²¹ van een strafbaar feit op zodanige wijze worden geadresseerd, dat publieke verontwaardiging wegebt. Hierdoor wordt verklaard dat de redenen waarom een vervolging wordt of zou moeten worden ingesteld niet noodzakelijkerwijs dezelfde zijn als de redenen waarom uiteindelijk wordt of zou moeten worden gestraft.

Peters verbond hieraan de gevolgtrekking dat de zelfstandige functie van het strafproces bestaat in de ‘sublimatie’ van publieke onlustgevoelens: emotionele reacties worden in een strafproces op een hoger niveau getild en gerationaliseerd, dat wil zeggen: van hun potentieel destructieve lading ontdaan. Wil het strafproces deze functie vervullen, dan moet het wel aan bepaalde voorwaarden voldoen. Zo is benadrukt dat het strafproces een relatief autonome sfeer dient te vormen, die op gepaste afstand verkeert van de morele preoccupaties en emoties van het algemene publiek, en die wordt beheerst door een ethiek van rationele procedures waarbinnen voldoende ruimte wordt geboden voor doeltreffende

19 De straftoematingsbeslissing is verhoudingsgewijs lange tijd dogmatisch wat onderbelicht gebleven. Zie evenwel thans M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003; G.K. Schoep, *Straftoematingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008; P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

20 A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966, p. 281-294.

21 M.P. Vrij, ‘Ter effening’ (afscheidscollege Groningen 1947), in: M.P. Vrij, *Verzameling uit zijn geschriften op het gebied van strafrecht en criminologie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1956, p. 285-307.

participatie van betrokkenen.²² In de aldus vooral op de mogelijkheid tot rationele kritiek ingerichte strafprocedure manifesteert zich de later door Foqué en 't Hart zo genoemde (en verderop nog nader te bespreken) 'contrafactische' signatuur van het strafrecht.²³

Het verhaal wil nu dat het strafproces dat aan de genoemde desiderata voldeed op abstract-rationeel niveau publieke onlustgevoelens vermocht te apaiseren. Dit verhaal over de functie van het strafproces is vanaf de late jaren zestig van de vorige eeuw nader ingevuld binnen de zogenoemde juridiseringsrichting. Binnen deze beweging is de rechtsbescherming van de justitiabele vooral gezocht in procedurele waarborgen. Het verbaast dan ook niet dat juist de *onschuldpresumptie* werd beschouwd als een zeer belangrijk systeemkenmerk van het strafproces. Gepleit werd voor een zoveel mogelijk contradictoire, dus op tegenspraak ingestelde procesvoering, waarbinnen de verdachte optimaal de gelegenheid kan worden geboden zijn verdedigingsrechten te effectueren en zijn visie op de beschuldiging over het gerechtelijk voetlicht te brengen. Om in de gelegenheid te worden gesteld tot een optimale effectuering van zijn verdedigingsrechten moet de verdachte voor onschuldig worden gehouden helemaal tot het moment waarop de verdedigingsrechten tot het laatst kunnen worden aangewend en de rechter zijn bindende oordeel omtrent de schuld velt.

Deze 'ruk naar de proceskant'²⁴ had ongetwijfeld een belangrijke voedingsbodem in tal van maatschappelijke processen die kunnen worden aangeduid met trefwoorden als democratisering, individualisering, gezagssceptis en de toegenomen mondigheid van de burger. Misschien is het zelfs niet te gewaagd om te stellen dat de gedeeltelijke verwerking van dergelijke maatschappelijke ontwikkelingen binnen het strafproces in zoverre heeft gewerkt als een bliksemafleider, dat (voor zolang het duurde en overigens bij de gratie van het solide vertrouwen dat door de bank genomen ondanks de maatschappelijke processen placht te worden gesteld in de rechter en de andere strafrechtsfunctionarissen)²⁵ fundamentele kritiek is uitgebleven op de 'betrekkelijk vrije hand des rechters'²⁶ bij de sanctietoemeting.

Enige hedendaagse tendensen onder het vergrootglas van transitional justice

Inmiddels hebben verschillende desoriënterende ontwikkelingen het van oudsher algemeen gestelde vertrouwen in het Fingerspitzengefühl van de rechter en in diens daarop gebaseerde vrijheid met betrekking tot de straftoemetingsbeslissing

22 Zie A.A.G. Peters, 'Strafrecht als problematiek voor een moderne samenleving', in: G.Th. Kempe et al., *Dilemma's in het hedendaagse strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1975, p. 89.

23 R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 138-140.

24 A.L. Melai, 'Een ruk naar de proceskant van het strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 1972, p. 501-503.

25 Zie hierover G.Th. Kempe, 'De publieke opinie en de strafrechter in de laatste halve eeuw', in: G.Th. Kempe et al., *Dilemma's in het hedendaagse strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1975, p. 5-22.

26 C. Kelk, *De menselijke verantwoordelijkheid in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, hoofdstuk III.

onder (grote) druk gezet. Onder andere de dreiging van terrorisme, de toegenomen individualisering en de mondigheid hebben geleid tot een toegenomen sociale en normatieve fragmentering en een gevoeld verlies van gedeelde *identiteit*. Het verhaal van de verenigingstheorie voldoet dan niet meer; het is voor velen te abstract en daarmee te weinig gevoelig voor hedendaagse morele preoccupaties en behoeften ('het slachtoffer in de kou', 'de softe rechterlijke macht'). En ook met een beroep op procedurele rechtvaardigheid en de noodzaak van rechtsbescherming voor justitiabelen alléén kan in de huidige tijd de gegroeide kritiek op de rechterlijke sanctietoemeting en op de strafrechtspleging in algemener verband niet langer worden afgewend.

Sterker nog: hieronder staan wij stil bij een klein aantal ideologisch geladen 'verschuivingen' (een van de favoriete vergezicht-termen van Chrisje Brants) die zich in de afgelopen decennia binnen het Nederlandse strafrecht hebben afgetekend en die erop duiden dat de rechtsbescherming van justitiabelen (verdachten) meer en meer lijkt te worden ervaren als een fenomeen dat een effectieve bescherming van slachtoffers van strafbare feiten in de weg zit; rechtsbeschermende waarborgen worden tegenwoordig nogal eens opgevat, niet als noodzakelijke condities voor een legitieme strafrechtspleging, maar als te matigen of soms te bestrijden symptomen van een intrinsiek onrechtvaardig, immers uitsluitend met de verdachte geoccupeerd, strafrechtelijk systeem.

Eén van de meest markante, wel zeer sterk ideologisch geladen verschuivingen betreft dan ook de sterk toegenomen aandacht voor het slachtoffer. Daarbij wrekt zich thans onder meer de omstandigheid dat binnen de kritische doordenking van uitgangspunten en structuur van het strafproces de aandacht vooral steeds is uitgegaan naar de bescherming van de belangen van de verdachte, terwijl belangen van het slachtoffer – ook in vergelijking met ons omringende landen – zeker aanvankelijk wat werden veronachtzaamd. Mede tegen de achtergrond van een gegroeide hang naar 'responsiviteit' binnen de strafrechtspleging²⁷ zijn in de tussen voor- en achterzijde van het strafrechtelijk systeem gelegen procesfase gaandeweg de mogelijkheden voor het slachtoffer of diens nabestaande om zich als procesdeelnemer te mengen in de strafprocedure vergroot en wettelijk verankerd (zie vooral titel IIIa in boek I Sv).

En de ontwikkelingen zijn bepaald nog in volle gang.²⁸ Zo heeft onlangs de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aangekondigd het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden te willen uitbreiden. Het voornemen is erop gericht dat slachtoffers zich bij de uitoefening van het spreekrecht niet meer zouden hoeven te beperken tot de gevolgen van het delict; zij moeten ook de mogelijkheid krijgen zich uit te laten over het delict en de door hen gewenste

27 De *locus classicus* van deze benadering is P.H. Nonet en P.H. Selznick, *Law and society in transition*, New Brunswick/Londen: Transaction Publishers 2001. Over gevaren verbonden aan een (al te) grote responsiviteit, zie Y. Buruma, Een al te responsief strafrecht, *Delikt en Delinkwent* 2008, p. 105-120.

28 Zie bijvoorbeeld het pleidooi van J. van Dijk, 'De komende emancipatie van het slachtoffer. Naar een verbeterde rechtspositie voor gedupeerden van misdrijven', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2009, afl. 1, p. 20-39.

straf(maat).²⁹ Groenhuijsen heeft zich recentelijk afgevraagd of we intussen niet een beetje aan het doorslaan zijn en of ‘de lawine van slachtofferaandacht niet ook [kan] leiden tot een zekere slachtoffermoeheid’.³⁰

Ook aan de ‘voorzijde’ van het strafrechtelijk bedrijf doet zich een aantal belangwekkende, ideologisch geladen verschuivingen voor. Eén daarvan willen wij aanstippen.³¹ Deze verschuiving houdt verband met de toegenomen aandacht voor de positie van het slachtoffer en betreft de onlangs ook in regeringskringen opmerkelijk gegroeide belangstelling voor herstelrecht of bemiddeling, als aanvulling op het bestaande strafrechtelijke afdoeningsparcours. Bemiddeling kan plaatsvinden vóór de rechtbankzitting; op grond van artikel 51h Sv houdt de rechter bij zijn eventuele sanctieoplegging rekening met het resultaat van de bemiddelingsprocedure. Daar komt bij dat van regeringszijde het voornemen bestaat om de herstelrechtelijke benadering, vooral met het oog op de leniging van veronderstelde behoeften bij slachtoffers alsmede ter conflictoplossing, op groter schaal ingang te doen vinden.³²

Een verschuiving die zowel de ‘voorzijde’ als de ‘achterzijde’ van het strafrechtelijk systeem regardeert is althans *prima facie* enigszins moeilijk met de zojuist aangestipte belangstelling voor herstelrecht en bemiddeling verzoenbaar: de al enkele decennia luid weerklinkende (en door de megafon van de media en verschillende politici nog versterkte) roep om hardere bestraffing van misdaggers. Deze roep om meer punitiviteit weerklinkt intussen ook in de criminele politiek en de strafrechtspleging. Kon Peters in 1975 nog schrijven dat naar zijn mening ‘een echte law and order-mentaliteit’ aan de Nederlandse strafrechtfunctionarissen vreemd is en dat het ‘nauwelijks betoog’ behoeft dat ‘het beeld van de mens als uit te stoten verwerpelijke niet past in een moraal voor strafrechtstoepassing op leden van eenzelfde gemeenschap’;³³ op de strafrechtspleging van thans lijken deze beweringen – zacht gezegd – niet meer voluit van toepassing.

Indien wij de zonet kort aangeduide ideologische verschuivingen binnen het hedendaagse Nederlandse strafrecht onder het vergrootglas van het transitional justice-discours leggen, dan lijken zij goed in verband gebracht te kunnen worden met een algemeen in de samenleving gevoeld onbehagen over de teloorgang van een gedeelde *identiteit* of een gedeeld *zelfbeeld* van de samenleving. Wij schreven eerder dat instrumenten van transitional justice ten dienste

29 Zie bijvoorbeeld het visiedocument van het ministerie van Veiligheid en Justitie van 22 februari 2013: *Recht doen aan slachtoffers*, p. 30-31, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 552, nr. 2.

30 M.S. Groenhuijsen, ‘Deetman, Samson, Korver en Brenninkmeijer: “Umwertung der Werte”’, *Delikt en Delinkwent* 2013, p. 2.

31 Een andere ontwikkeling met betrekking tot de ‘voorzijde’ betreft de tendens tot functionalisering en risico-denken binnen het strafrecht. Dit laatste heeft reeds in hoge mate afbreuk gedaan aan het oude uitgangspunt dat de inzet van het strafrecht een laatste redmiddel, ultimum remedium, moet zijn. Zie P.C. Westerman, ‘Het risico-denken in het strafrecht’, *Ontmoetingen. Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-juridisch gezelschap* 2012, p. 31-41; J.H. Crijns, ‘Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum?’, *Ars Aequi* 2012, p. 11-18; Y. Buruma, *De dreigingsspiraal*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

32 Zie bijvoorbeeld het eerder aangehaalde visiedocument *Recht doen aan slachtoffers*, p. 21.

33 Peters, 1975, p. 96.

staan van een streven naar de optekening van een ‘achtergrondverhaal’ over de aan de politieke gemeenschap in kwestie toegedachte oorsprong en identiteit. Getuige onder meer het herhaaldelijk aangezwengelde ‘normen- en waarden-debat’, de karakterisering van ons land als een ‘verweesde samenleving’, en talrijke pogingen die zijn ondernomen tot vaststelling van ‘canons’ op uiteenlopende terreinen, lijkt Nederland de laatste jaren in de ban geraakt van een obsessieve zoektocht naar zijn identiteit.

Die obsessie doet zich ook in en rond het strafrecht gelden, getuige stille marsen na ‘zinloos geweld’, door burgers opgezette collectieve zoektochten naar vermiste personen, de roep om hardere straffen, maar ook de belangstelling voor herstelrecht, alsmede de aandacht voor de lange tijd wat veronachtzaamde positie van slachtoffers. Deze aspecten vormen eveneens ingrediënten van ‘transitional justice’: waar een groot sociaal conflict in kaart moet worden gebracht om af te rekenen met het verleden en een nieuwe orde op te bouwen, moet het verhaal van het verleden voor iedereen herkenbaar worden verteld en geduid in termen van goed en kwaad³⁴ om zo de basis te leggen voor een nieuw verhaal onder een ‘nieuwe orde’.

In aanmerking genomen dat de fragmentatie, normatief en sociaal, binnen de Nederlandse samenleving is toegenomen, kan worden gesuggereerd dat onder de gestolde moraal van het traditionele strafrecht de samenlevingsmoraal volstrekt liquide (Bauman) en dus ongrijpbaar is geworden. De ongrijpbaarheid is beangstigend; de ‘conflicten’ die wij strafbare feiten noemen – of die daarin uitmonden – worden dan ook meer en meer ervaren, niet als uitzonderingen die de regel bevestigen of als afwijkingen van het gangbare verwachtingenpatroon die zonder veel moeite kunnen worden ‘gecodeerd’ in de termen van het wettelijke instrumentarium, maar veeleer als regelrechte *bedreigingen* van de maatschappelijke orde en de identiteit van onze gemeenschap.³⁵ Het tolerantieniveau voor onwelgevallige gedragingen lijkt erg laag te zijn geworden. Dat de meest uiteenlopende vervelende of ook schadelijke gedragingen worden ervaren als een bedreiging van ons collectieve zelfbeeld, bewijst eigenlijk al dat dit collectieve zelfbeeld in wezen niet veel meer voorstelt en alleen nog negatief gestalte kan krijgen, dat wil zeggen: in oppositie tot al hetgeen we afkeuren.

In dit licht verbaast het niet dat verdachten en daders van strafbare feiten nogal eens worden afgeschilderd als vijanden of onmenssen (‘zij’) tegen wie de samenleving (dat zijn ‘wij’) met alle middelen moet worden beschermd. Daarbij doet de dader dienst als zondebok. Hij is niet iemand wiens vastgestelde misstap de gelding van de overtreden norm opnieuw bevestigt, maar iemand die in en door zijn misstap bewijst niet bij ons te horen ofwel aantoon het lidmaatschap van *onze* gemeenschap niet waard te zijn. Evenmin verbaast het dat de aandacht voor slachtoffers en slachtofferschap is gegroeid. De obsessie met identiteit betreft ook de positie van slachtoffers. De belangstelling voor ‘het slachtoffer’ kan in dit verband worden vereenzelvigd met belangstelling voor het enige

34 Vgl. J. de Vries, ‘Gaat heen en leg bloemen’, *De groene Amsterdammer* 30 mei 2013, p. 12-13.

35 Vgl. het eerder aangehaalde visiedocument *Recht doen aan slachtoffers*, p. 18-19.

waarover in onze gefragmenteerde postmoderne samenleving nog unanieme overeenstemming bestaat: de collectieve afwijzing van leed en alle vormen van slachtofferschap.³⁶ Vaak worden dan ook – tot op zekere hoogte over de ruggen van concrete slachtoffers – bepaalde behoeften op hen geprojecteerd. En in zoverre worden ook zij ‘geïstrumentaliseerd’; slachtoffers worden vaak vooral *geacht* bepaalde behoeften te hebben en doen, als geïdealiseerde typen waarmee wij ons kunnen identificeren, dienst als de focuspunten van onze obsessie met identiteit.³⁷

Als een samenleving wordt ervaren als ‘verweesd’, gespeend van een bindend idee omtrent nationale identiteit, dan heeft men er veel voor over om weer te komen verkeren onder het gezag van een gedeeld moreel raamwerk.³⁸ De in het voorgaande aangestipte strafrechtelijke ontwikkelingen duiden erop dat het streven naar een gedeeld moreel raamwerk ook is doorgedrongen tot de wijze waarop de strafrechtspleging vorm wordt gegeven. Cleiren spreekt in verband met een aantal van de genoemde ontwikkelingen van een evolutie van ‘verticale’ naar ‘horizontale verhoudingen’ in het strafrecht (welke evolutie ook met de nodige fricties gepaard gaat).³⁹ De toegenomen aandacht voor het slachtoffer en de toegenomen belangstelling voor een herstelrechtelijke benadering zijn ontwikkelingen die erop lijken te duiden dat het strafrecht een minder algemene of publieke en een meer ‘lokale’ bedding verkrijgt. Waar Peters de functie van het strafproces in het licht van publieke emoties en wraakzucht als ‘sublimatie’ daarvan aanduidde, dat wil zeggen: het geven van een geobjectiverde vorm daaraan, benadrukt Van Dijk de ‘wraakabsorberende functie’ van het strafproces in een meer geïndividualiseerd en geconcretiseerd opzicht, als erkenning van de gerechtvaardigde woede van het slachtoffer jegens de dader, gericht op het ten volle recht doen aan slachtoffers en hun herstel door en in het strafproces.⁴⁰

Dit wil zeggen dat misdaad wordt gepercipieerd, niet alleen – op grote schaal en *in abstracto* – als een bedreiging van het broze collectieve zelfbeeld van onze samenleving, maar ook – op individuele schaal en *in concreto* – als een soort miniatuurversie van een sociale ontwrichting. In dit verband zijn binnen de hedendaagse nationale strafrechtspleging afschaduwingen aanwijsbaar van de technieken die in het kader van transitional justice worden ingezet. Zo doet de onlangs sterk gegroeide aandacht voor meer genoegdoening voor slachtoffers van misdaad en voor bemiddeling en herstelrecht enigszins denken aan waarheids- en verzoeningscommissies waarbinnen het horen van de stemmen van slachtoffers een noodzakelijk onderdeel is. En de roep om harde straffen en het

36 Hierop wijst, in het kielzog van het werk van Richard Rorty, H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap* (diss. Amsterdam (UvA)), Nijmegen: Sun 1993.

37 Zie R.H. Hermans en J.W. Ouwerkerk, ‘Slachtoffers in de strafrechtspleging en de keerzijde van een sentimenteel debat’, *Ars Aequi* 2013, p. 445-448.

38 Vgl. met betrekking tot privacy B. de Graaf, *Ecce homo. Herkenning en registratie in geschiedenis en veiligheidsbeleid* (inaugurale rede Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2013.

39 C.P.M. Cleiren, *Evolueren naar horizontale en multidimensionale verhoudingen in het strafrecht*, Thorbeckecollege 34, gehouden aan de Universiteit Gent, Mechelen: Wolters Kluwer 2010.

40 Van Dijk, 2009, p. 24-25.

belang dat wordt gehecht aan een expliciete spijtbetuyging van de verdachte of dader vormen eveneens reminiscenties van de voorstelling dat het strafrecht wordt ingezet ter effening van disrupties die worden beschouwd als bedreigingen voor het normatieve weefsel van de samenleving.

De ontwikkelingen in Nederland die wij eerder hebben benoemd als ‘transitional’ tendensen, zijn divers, maar hangen in zoverre samen dat daarin steeds het persoonlijke en herkenbare wordt benadrukt, en een indeling in goed en kwaad faciliteren. Het is uiteraard niets nieuws dat strafzaken publieke emoties en wraakzucht oproepen. Onze duiding van de besproken tendensen in termen van ‘transitional justice’ strekt er evenwel toe aan te geven dat er naar onze inschatting op een meer fundamenteel niveau iets aan de hand is. Onder het vergrootglas van transitional justice lijken de geschetste strafrechtelijke ontwikkelingen symptomatisch voor een existentiële onzekerheid met betrekking tot het dragende narratief van onze samenleving en, wat ons betreft: specifiek van het strafrecht.

Dit verklaart dat de ‘traditional justice’ – in de zin van zijn objectieve, publieke karakter, zijn afstandelijke en geritualiseerde proces met zijn abstracte, rechtsbeschermende normen – als zodanig steeds meer ter discussie komt te staan. Het publieke en abstracte, en in zoverre ook wat afstandelijke verhaal dat het Nederlandse strafrecht tot voor kort beheerste, en waarbinnen het beeld domineert van een top-down opererende overheid die op enige afstand van direct betrokkenen uit naam van de rechtsorde de afdoening van onduldbare gedragingen ter hand neemt, wordt in toenemende mate verdrukt door een geheel van veel meer *particularistische* narratieve relazen van de direct betrokkenen.⁴¹ De strafrechtspleging komt daarmee in het teken te staan van het streven naar een apaisering – niet zoals voorheen op abstract-rationeel niveau, maar op veel subjectiever niveau – van veelal moeilijk onderling verzoenbare particuliere narratieven, beelden en herinneringen.⁴²

De betekenis(sen) van de praesumptio innocentiae

De onschuldpresumptie in de gevarenzone

Hiervoor hebben wij besproken dat op verschillende niveaus in Nederland tendensen kunnen worden herkend die stereotypisch een plaats hebben in het apaiseringsmechanisme dat ‘transitional justice’ heet. Het is niet zo vreemd dat de moderne, gefragmenteerde samenleving die in onzekerheid verkeert over haar

41 In dit verband valt ook te wijzen op de grotere eigen verantwoordelijkheid van verdediging en Openbaar Ministerie voor de wijze waarop zij hun visies op de feitelijke toedracht en strafrechtelijke normen presenteren; zie bijvoorbeeld F. de Jong, ‘Gezag, legitimiteit en de “vervlakking” van het algemeen deel van het materiële strafrecht’, in: F. de Jong en R.S.B. Kool (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 19-21.

42 Vgl. over de teloorgang van de zeggingskracht van abstracte idealen in algemene zin het essay van B. Heijne, *Moeten wij van elkaar houden? Het populisme ontleed*, Amsterdam: De Bezige Bij 2011.

identiteit, niet goed uit de voeten kan met het ‘traditional justice’-verhaal dat aan het Nederlandse strafrecht ten grondslag ligt. Waar enkel de collectieve afwijzing van leed en slachtofferschap ons bindt in een sfeer van (door overheid en media telkens benadrukte) dreiging van criminaliteit en angst voor de onbekende ander, kan de traditionele strafrechtspleging met haar algemene en abstracte achtergrondverhaal, haar geritualiseerde en afstandelijke proces en haar abstracte begrippenkader snel als problematisch worden ervaren.

Daarbovenop komt de specifieke geslotenheid van de Nederlandse strafrechtspleging, die door Chrisje Brants veelvuldig is benoemd. Aldus is de sterke behoefte ontstaan de strafrechtspleging meer te doen aansluiten bij opvattingen en verwachtingen van het publiek, een grotere mate van herkenbaarheid en nabijheid te laten bieden en daarmee haar legitimiteit te versterken, samen te vatten in de notie van ‘responsiviteit’.⁴³ De achter de term ‘responsiviteit’ schuilgaande gedachte dat de strafrechtspleging een zekere ontvankelijkheid moet kennen voor maatschappelijke ontwikkelingen is uiteraard niet nieuw. Het beginsel van externe openbaarheid ziet er nadrukkelijk op dat ontwikkelingen in de samenleving hun weg moeten kunnen vinden naar de strafrechtspleging.⁴⁴ De in de vorige paragraaf besproken zelfstandige functie van het strafproces betekent dus niet, en heeft nooit betekend, dat het strafproces zich geheel losgezongen van de rechtsgemeenschap moet en kan afspelen. In de zelfstandige functie van sublimatie van onlustgevoelens wordt juist een noodzaak tot continue legitimering van het overheidsstrafrecht binnen de rechtsgemeenschap onderkend.

Maar als gezegd: de besproken tendensen duiden erop dat de ‘traditional justice’ – in de zin van zijn objectieve, publieke karakter, zijn afstandelijke en geritualiseerde proces met zijn abstracte, rechtsbeschermende normen – als zodanig steeds meer ter discussie komt te staan. Legitimering van de strafrechtspleging wordt dan in een andere vorm nodig geacht; de algemene ‘sublimatie’ van Peters volstaat niet meer, de concrete ‘wraakabsorbering’ van Van Dijk moet uitdrukking krijgen in een meer particularistische setting. De veronderstelling dat de onschuldpresumptie zich moeilijk kan handhaven te midden van de beschreven tendensen lijkt gerechtvaardigd, nu de praesumptio innocentiae naadloos aansluit bij het hiervoor omschreven karakter van de traditionele strafrechtspleging. De onschuldpresumptie kan in algemene zin, aansluitend bij de codificaties, worden omschreven als: de beslissing omtrent de schuld van een verdachte aan een strafbaar feit moet worden genomen op basis van het recht en als afsluiting van een daarop gerichte gerechtelijke procedure, hetgeen betekent dat daarvóór van schuld geen sprake kan zijn, waaruit de norm voortvloeit dat omzichtigheid moet worden betracht ten opzichte van de verdachte. De onschuldpresumptie is dus een prominent rechtsbeschermende norm en is als norm van een eerlijk proces dan ook in alle mensenrechtencodificatie neergelegd. De

43 Zie daarover L. van Lent, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 220-228 en de daar aangehaalde literatuur.

44 Zie Van Lent, 2008, p. 236.

onschuldpresumptie is voorts een in hoge mate abstract beginsel; zij schrijft concrete handelingen noch een bepaalde stand van zaken voor, maar verplicht vooral tot een bepaalde geestesgesteldheid. Daarmee doet de term ‘vermoeden van onschuld’ bovendien gekunsteld en contra-intuïtief aan: een ‘vermoeden’ kan niet worden afgedwongen, en al helemaal niet als er juist een duidelijk vermoeden van schuld bestaat. Hieronder zullen wij uiteenzetten dat de onschuldpresumptie wezenlijk contrafactisch is. Een en ander maakt duidelijk dat de onschuldpresumptie haaks staat op belangrijke exponenten van de transitional justice-tendensen: toenemende instrumentaliteit en responsiviteit, tot uitdrukking gebracht bijvoorbeeld door de breed uitgedragen wens het slachtoffer een prominente positie in het strafproces te geven, de in de media naar voren komende neiging de verdachte als ‘het kwaad’ aan te merken en een publieke aversie tegen rechtsbescherming.

In weerwil van de conclusie dat de onschuldpresumptie een breed gedragen, zo niet universeel beginsel is,⁴⁵ komt de onschuldpresumptie aldus in de gevarezone. Het is dan ook niet zo wonderlijk dat in veel recente literatuur over dit onderwerp wordt benadrukt dat de onschuldpresumptie weinig betekenis heeft. Zo is door verschillende auteurs overtuigend uiteengezet dat aan de onschuldpresumptie geen zelfstandige functie wordt toegekend in de beperking en regulering van de voorlopige hechtenis, terwijl de onschuldpresumptie volgens velen een belangrijke (historische en theoretische) grondslag kent in beperking van dwangmaatregelen, waaronder in het bijzonder de voorlopige hechtenis. De steevaste verwijzing naar de onschuldpresumptie door het EHRM in de algemene beginselen die het voorarrest regeren, bewijst de onschuldpresumptie slechts lippendienst, zonder dat daaraan daadwerkelijk beperkende eisen worden ontleend.⁴⁶ De onschuldpresumptie is in de fase van het vooronderzoek niet of nauwelijks sturend, normering van het vooronderzoek wordt via andere rechten verwezenlijkt en de onschuldpresumptie wordt daarbij hoogstens als ondersteunend argument ingezet.⁴⁷

Ook in het zo wezenlijke aspect van de regulering van het verschaffen van informatie over strafzaken aan het publiek,⁴⁸ is dit beginsel zwak geoperationaliseerd. Het EHRM heeft dit aspect van de onschuldpresumptie wel prominent naar voren gebracht door alle overheidsfunctionarissen de verplichting te stellen zich niet dan met ‘the discretion and circumspection necessary’ publiekelijk uit

45 E. van Sliedregt, *Tien tegen één. Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie* (inaugurele rede VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 22.

46 Van Sliedregt, 2009, p. 32-36; L. Stevens, ‘Pre-trial detention: the presumption of innocence and article 5 of the European Convention on Human Rights cannot and does not limit its increasing use’, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 17 (2009); P.H.P.H.M.C. van Kempen en F.G.H. Kristen, ‘Alternatieven voor voorarrest vanuit Europees perspectief’, in: A.H.E.C. Jordaans et al. (red.), *Praktisch Strafrecht, liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 314-323.

47 Van Sliedregt, 2009, p. 34; Van Kempen en Kristen, 2005, p. 317-320.

48 In de hieronder te bespreken literatuur wordt dit opvallend genoeg vaak niet als een wezenlijk aspect van de onschuldpresumptie beschouwd; wel door Brants, 2005, p. 59 en L. Stevens, ‘Strafzaken in het nieuws. Over ontsprende media en de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie’, *Nederlands Juristenblad* 2010, afl. 11.

te laten over de schuldvraag en door een schending van artikel 6 lid 2 EVRM aanwezig te achten als er sprake is van een uitspraak die het publiek ertoe aanzet de verdachte schuldig te achten en de rechterlijke beoordeling van de feiten beïnvloedt.⁴⁹ Het is duidelijk dat in Nederland veelvuldig berichtgeving plaatsvindt die het beeld oproept dat een verdachte in een concrete strafzaak schuldig is.⁵⁰ De erkenning hiervan in het strafproces is, zelfs als de uitlating afkomstig is van een lid van het Openbaar Ministerie, minimaal:⁵¹ vastgehouden wordt aan het uitgangspunt dat de professionele rechter zich niet door berichtgeving laat beïnvloeden. Chrisje Brants heeft al lang geleden gewaarschuwd dat te weinig onder ogen wordt gezien dat media-aandacht het onderzoek kan beïnvloeden, en dat een (wat wij nu zouden noemen) ‘tunnelvisie’ in het vooronderzoek in een processysteem als het Nederlandse funeste gevolgen kan hebben voor de juistheid van het rechterlijk schuldoordeel.⁵²

Opvattingen in de literatuur over de onschuldpresumptie

Corstens en Borgers noemen het een ‘wat merkwaardig uitgangspunt’ dat de verdachte voor onschuldig moet worden gehouden totdat zijn schuld overeenkomstig de wet is bewezen.⁵³ Dat iemand ‘verdachte’ is betekent immers dat er feitelijk juist een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit jegens hem bestaat. Dit redelijke vermoeden rechtvaardigt dat ingrijpende dwangmiddelen tegen hem worden ingezet, waaronder het beroven van zijn vrijheid in de vorm van voorlopige hechtenis. Aangezien vrijheidsberoving de straf par excellence is, is het niet zo verwonderlijk dat het spanningsveld tussen wat het opsporingsonderzoek op basis van een redelijk vermoeden allemaal vermag en de onschuldpresumptie vooral wordt onderkend in relatie tot de voorlopige hechtenis.⁵⁴ Deze paradox lost zich theoretisch op in de algemene onderkenning dat de onschuldpresumptie normatief van aard is, niet cognitief of feitelijk.⁵⁵ Zij is volgens Keijzer een regel van procesrecht,⁵⁶ volgens Van Sliedregt een ‘hypothetisch uitgangspunt van een eerlijke rechtsgang’ en wel ‘bij de bewijsvoe-

49 EHRM 10 februari 1995, *Alenet de Ribemont t. Frankrijk*, Serie A, vol. 308, appl. nr. 15175/89; EHRM 20 december 2011, *G.C.P. t. Roemenië*, appl. nr. 20899/03.

50 Zie de vele voorbeelden genoemd door Stevens, 2010.

51 F.G.H. Kristen, *Blij met publiciteit, bang voor de media*, toespraak bij de uitreiking van de Persprijs Jacques van Veen op 4 oktober 2007, <www.persprijsvanveen.nl>; L.R. van Haringsma thoe Slooten, ‘De criticus bekritiseerd: een waakhond voor de media?’, *Nederlands Juristenblad* 11 juni 2004, p. 16-17. Stevens, 2010, p. 546.

52 Brants, 2005, p. 60. Recenter in dezelfde zin ook Stevens, 2010.

53 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 37.

54 Als dilemma pregnant omschreven door M.S. Groenhuijsen, ‘De nabije toekomst van de voorlopige hechtenis, in het bijzonder in het licht van de onschuldpresumptie’, in: J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 88.

55 N. Keijzer, ‘Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken’, in: Ch.J. Enschedé et al. (red.), *Naar eer en geweten, liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 243; Van Sliedregt, 2009, p. 33; Stevens, 2009, p. 168.

56 Keijzer, 1987, p. 243.

ring',⁵⁷ volgens Stolwijk een 'rechtsvermoeden', een 'uitgangspunt',⁵⁸ volgens Buruma een 'overal opduikende inspiratiebron' en 'niet meer maar ook niet minder dan een uitgangspunt'.⁵⁹

De noodzakelijke vervolgvraag is dan, wat is die regel, dat uitgangspunt? In de literatuur komen we tal van overwegingen over en vooral onderverdelingen binnen de onschuldpresumptie tegen. Keijzer begint zijn veelvuldig aangehaalde bespreking van de onschuldpresumptie met verwijzing naar de opdracht die zij behelst aan de rechter om bij twijfel niet te veroordelen. In deze opdracht komt tot uitdrukking dat zij een 'tegengif' moet zijn: tegen de invloed die uitgaat van de resultaten van het vooronderzoek en van de ervaringsregel dat de meeste beschuldigen inderdaad schuldig zijn.⁶⁰ Hij onderkent vervolgens drie aspecten aan de onschuldpresumptie.⁶¹ Allereerst het recht vrijuit te gaan ingeval het ten laste gelegde niet op wettige en overtuigende wijze wordt bewezen. In dit opzicht behoedt de onschuldpresumptie volgens hem tegen veroordeling van onschuldigen. Van Sliedregt beschouwt dit niet als effect of nevendoel, maar benoemt het verbod op 'wrongful convictions' als de kern van de onschuldpresumptie. Daarvan is de regel 'in dubio pro reo' afgeleid, en alleen in deze regel heeft de onschuldpresumptie volgens haar een zelfstandige betekenis.⁶²

Keijzers vertolking van 'in dubio pro reo' verwijst niet alleen naar de regel dat voor de voor de verdachte meest gunstige uitkomst moet worden gekozen, maar benadrukt ook het rechtskarakter van de grondslag van de veroordeling: slechts geldende bewijsregels mogen de rechter tot een veroordelende beslissing leiden, en niet vooringenomenheid. Om die reden keert de onschuldpresumptie zich volgens hem dan ook indirect tegen 'al datgene waarvan een préjudiciërende werking moet worden gevreesd', zoals uitlatingen van officiële personen of perscampagnes waarin de verdachte als schuldig wordt aangemerkt. Dit onderdeel van Keijzers eerste aspect wordt door Corstens en Borgers als de vijfde en laatste consequentie van de onschuldpresumptie aangeduid, zij het beperkter van strekking: 'de informatieverstrekking van het Openbaar Ministerie aan de media moet worden beperkt tot vaststaande feiten en geen strafrechtelijk kwalificerende uitlatingen bevatten.' Van Sliedregt noemt pas aan het eind van haar oratie de 'behandeling als onschuldige door de vervolgingsautoriteiten en de media' als uitwerking van de onschuldpresumptie; zij noemt dit het 'bejegeningsaspect' en meent dat dit niet tot de oorspronkelijke betekenis van de onschuldpresumptie behoort.⁶³

57 Van Sliedregt, 2009, p. 33 en 37.

58 S.A.M. Stolwijk, *Onschuld, vrijspraak en de praesumptio innocentiae* (afscheidsrede UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2007, p. 16.

59 Y. Buruma, 'Boekbespreking (bespreking van E. van Sliedregt, Tien tegen één. Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie (oratie VU Amsterdam) Den Haag: BJu 2009)', *Delikt en Delinkwent* 2009, p. 859.

60 Keijzer, 1987, p. 242.

61 Idem, p. 243 e.v.

62 Van Sliedregt, 2009, p. 37.

63 Idem, p. 42.

Het tweede aspect dat Keijzer noemt is ‘de behandeling als onschuldige’. Ook aan dit aspect geeft Keijzer een brede betekenis. De onschuldpresumptie houdt in dat geen straf mag worden ondergaan voordat een rechterlijke veroordeling is uitgesproken, maar dat betekent ook dat geen dwangmiddelen van punitieve aard mogen worden toegepast. In zijn voorafgaande historische beschouwing geeft hij aan dat de onschuldpresumptie in de continentale traditie sterk gericht is op het voorkomen van bestraffende handelingen voorafgaand aan de berechting (anders dan in de common law-tradities, waar zij vooral een bewijsbeginsel is). Buruma legt sterk de nadruk op deze functie van de onschuldpresumptie en spreekt van een ‘schild tegen bezwarend handelen’.⁶⁴ Ook Stolwijk wijst op de historische samenhang tussen ‘nulla poena sine iudicio’ en de inzet van dwangmiddelen: dat het schuldoordeel – en daarmee de vaststelling dat de persoon in kwestie het contract social had geschonden – in handen van de rechter werd gelegd, gaf Beccaria het argument om de behandeling van de verdachte in het vooronderzoek aan de kaak te stellen.⁶⁵

Volgens Keijzer is de onschuldpresumptie tevens bepalend voor de voor toepassing van dwangmiddelen aan te leggen criteria: ‘Zonder haar zouden wij allen bloot staan aan arbitrair overheidsoptreden.’ Ook betekent de norm dat de verdachte als onschuldig moet worden behandeld volgens hem dat bekentissen niet mogen worden afgedwongen of ontfutseld aan de verdachte en dat deze een zwijgrecht heeft. Corstens en Borgers beschouwen de normering van het dwangoptreden jegens de verdachte ook als facet van de onschuldpresumptie: de verdachte moet zo min mogelijk aan ‘irreparabele maatregelen’ worden onderworpen. Aan de onschuldpresumptie wordt voorts de zelfstandige notie ontleend dat de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis moet worden onderscheiden van die van de vrijheidsstraf.⁶⁶ Van Sliedregt noemt deze kwestie het ‘behandelingsaspect’ van de onschuldpresumptie.⁶⁷ Haar conclusie is dat de onschuldpresumptie slechts beschermt tegen excessen (zoals Guantanamo Bay), maar overigens geen sturende regel in het vooronderzoek is. De relativisering van de onschuldpresumptie in het vooronderzoek, door haar niet bekritiseerd, is dan reden om te betogen dat de onschuldpresumptie ter terechtzitting een krachtig beginsel is dat weinig ruimte laat voor relativisering.⁶⁸ Keijzer schaar tot slot het verbod aan de rechter om blijk te geven van diens overtuiging van schuld of onschuld (artikel 271 lid 2 Sv) onder het aspect van behandeling als onschuldige. Corstens en Borgers omschrijven deze regel als het gebod aan de rechter ‘uit te stralen dat hij de verdachte niet reeds als een veroordeelde beschouwt’. Dat betekent volgens hen dat de rechter de verdachte de ruimte moet geven om het zijne naar voren te brengen en daaraan reële aandacht te besteden.⁶⁹

64 Buruma, 2009, p. 855.

65 Stolwijk, 2007, p. 16.

66 Corstens/Borgers, 2011, p. 38.

67 Van Sliedregt, 2009, p. 42.

68 Idem, p. 43.

69 Corstens/Borgers, 2011, p. 37-38.

Als derde en laatste aspect wijst Keijzer op het recht van de verdachte zijn onschuld niet te hoeven bewijzen; Corstens en Borgers noemen dit als eerste consequentie. Van Sliedregt bespreekt, evenals Keijzer, de regelingen en EHRM-jurisprudentie waaruit blijkt dat schuldvermoedens tot op zekere hoogte zijn toegestaan; dit aspect heeft volgens hen in de common law-traditie een veel sterkere betekenis dan aan deze zijde van het Kanaal. Stolwijk relateert de uitwerking van de onschuldpresumptie op de bewijslast nog sterker: de bewijslast mag volgens hem ‘niet volledig aan de kant van de verdachte liggen’. Als dit zo is, wordt de verdachte als het ware bij voorbaat schuldig geacht: ‘Dit is niet alleen tegen de regels van een eerlijk proces, maar miskent ook dat het de overheid is, die bewijs moet aandragen.’

Uit het bovenstaande komt naar voren dat de onschuldpresumptie zich goeddeels manifesteert op twee terreinen: enerzijds bij de rechter als de ultieme beslisser met zijn gereedschapskist van het bewijsrecht en anderzijds bij de inzet van (ingrijpende) dwangmiddelen jegens de verdachte in het vooronderzoek. De reikwijdte die aan de onschuldpresumptie op beide terreinen wordt toegekend, varieert echter sterk. Daarmee wordt duidelijk dat de onschuldpresumptie zich niet eenvoudig laat kenschetsen. Dat blijkt uit de (diverse) onderverdelingen in uiteenlopende aspecten of facetten, en uit de koppeling van de onschuldpresumptie aan andere (min of meer) zelfstandige strafprocessuele normen; de onschuldpresumptie fungeert daarbij doorgaans als grondslag – dikwijls samen met andere beginselen – van één of meer nader bepaalde regels,⁷⁰ en wordt soms herleid tot een andere grondnorm.⁷¹ Aldus is de vraag naar de eigenstandige betekenis van de onschuldpresumptie (naast of buiten de besproken uitwerkingen) niet echt beantwoord. Derhalve geven wij, staand op de schouders van de hier uiteengezette opvattingen, in het navolgende onze lezing van de kern van de onschuldpresumptie, teneinde de betekenis van dit beginsel in het licht van de eerder besproken tendensen onder ogen te zien.

De contrafactische kern van de praesumptio innocentiae

Het concept van contrafactiviteit

Aan de in het voorgaande weergegeven opvattingen over de inhoud van de onschuldpresumptie kan, voor zover zij de uitwerkingen ervan op positiefrechtelijk niveau betreffen, de conclusie worden verbonden dat de onschuldpresumptie niet bijzonder sterk is verdisconteerd in het geldende wettelijke of jurisprudentiële stelsel. Dit betekent niet dat de onschuldpresumptie van ieder belang ontbloomt is. Integendeel: wij beschouwen de praesumptio innocentiae als een buitengewoon belangrijk beginsel, waarvan de kern evenwel is gelegen, niet

70 Keijzer, 1987, p. 246, die de onschuldpresumptie ten grondslag legt aan de dwangmiddelenbeperkende codificatie, het zwijgrecht en het pressieverbod.

71 Van Sliedregt, 2009, p. 33, stelt dat de onschuldpresumptie wortelt in het dieper gelegen recht van iedere burger op persoonlijke vrijheid.

zozeer in de concrete en al dan niet positiefrechtelijk uitgewerkte voorschriften en uitgangspunten die worden geacht uit het beginsel van de onschuldpresumptie voort te vloeien, maar vooral in de meer abstracte functie die het beginsel vervult als kritische toetssteen.

Naar onze opvatting ligt de kern van de onschuldpresumptie in haar strekking tot het bieden van een tegenwicht tegen de bewegingen die inherent zijn aan het verloop van een strafprocedure vanaf de verdenking tot aan de eventuele veroordeling. Zij is daarmee een bij uitstek *contrafactische* notie die raakt aan de door Peters sterk beklemtoonde ‘zelfstandige betekenis’ van het strafproces: een relatief autonome sfeer beheerst door een ethiek van een contradictoire, dus op rationele kritiek ingestelde procesvoering waarbinnen voldoende ruimte bestaat voor een doeltreffende participatie van de betrokken procesactoren. Deze gedachte willen wij hieronder toelichten. Dit doen wij door eerst enige overwegingen te wijden aan de notie contrafacticeit in algemene zin. Daarna brengen wij deze overwegingen in verband met de onschuldpresumptie.

Eerder schreven wij dat het strafrecht het agressieve sluitstuk vormt van de totale juridische orde: indien minder ingrijpende interventies een persoon niet in het gareel houden, kan hij desnoods kwaadschiks, dus strafrechtelijk, ‘tot de orde’ worden geroepen. Indien wij het recht beschouwen als een ordeningssysteem, moeten wij ons een deugdelijke voorstelling maken van de wijze waarop juridische begrippen zijn gerelateerd aan objecten of fenomenen in de sociale wereld. Die wijze is: contrafactisch. Van Roermund omschrijft dit laatste in globale zin als volgt: ‘Tegen de feiten van onvrijheid en ongelijkheid in verschaft het recht ieder op kunstmatig-gelijke voet een plaats, een procedure, een begrippenapparaat, om hem of haar te laten deelnemen aan de publieke zaak van de inrichting van de *polis* (...). Zonder dit artificiële kader voorlopig voorop te stellen in al zijn materialiteit, zijn wij ertoe veroordeeld onze eindeloze discussies over een rechtvaardige inrichting van de samenleving op de meest ongelegen momenten te zien omslaan in loutere machtsaanspraken.’⁷²

De dogmatische begrippen van het strafrecht kunnen wij dus zien als *topoi* of als een soort ‘rustplaatsen’ waar sociale conflicten en subjectieve claims worden uitgetild boven de weerbarstige intersubjectieve ervaringswereld en waar zij – op het niveau van de juridische orde – met een hogere vorm van objectiviteit worden bekleed. Het strafrecht onderwerpt de voor-juridische leefwereld aan een orde doordat het over die leefwereld een raster van begrippen heen legt waarmee sociale feiten juridisch aangeduid en in hun juridische betekenis gefixeerd worden. Maar deze vastlegging is niet van permanente aard, aangezien de juridische begrippen worden gekenmerkt door een semantisch potentieel binnen de bandbreedte waarvan zij principieel vatbaar zijn voor nieuwe interpretaties in veranderde omstandigheden. Het juridische begrippensysteem vormt een steeds verschuivende normatieve horizon.

72 G.C.G.J. van Roermund, Dualisme en dualisme is twee, in G.C.G.J. van Roermund et al. (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagende debat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 273.

Hun contrafactische aard brengt intussen mee dat de begrippen van het strafrecht steeds een kritische distantie bewaren, niet slechts tegenover de alledaagse leefwereld, maar ook tegenover de bestaande juridische *ordering* daarvan.⁷³ De begrippen van het strafrecht zijn dus zagezegd mede tegen zichzelf gekeerd. Om duidelijk te maken waarom dit zo is, moet worden opgemerkt dat het juridische begrippensysteem een tot op zekere hoogte *contingente* orde instelt. Wij beweerden eerder dat de juridische operaties die binnen het verband van een rechtsorde worden uitgevoerd, steeds althans *impliciet* refereren aan een ‘achtergrondverhaal’ waarin verschillende reminiscenties besloten liggen van een aan de politieke gemeenschap in kwestie toegedachte oorsprong en identiteit: een politieke gemeenschap geeft gestalte aan zijn identiteit door een verzameling kardinale samenlevingswaarden te canoniseren als strafrechtelijk te beschermen rechtsbelangen.

De contrafactische van de strafrechtelijke begrippen betreft nu mede het inzicht dat het ‘verhaal’ waarin een gemeenschap uitdrukking geeft aan zijn identiteit uiteindelijk een artefact is en dus bestaat bij de gratie van een menselijke ingreep of keuze waaraan altijd een rest van contingentie blijft kleven.⁷⁴ Dit impliceert dat ook het allerbeste recht zelfs tegen het allergrootste kwaad geen *ultieme* rechtvaardiging heeft: ‘tegenover het positieve recht heeft de misdadiger (en hoeveel temeer dan de verdachte) altijd een zeker gelijk: hij kan met enig recht zeggen, dat de algemeenheidsaanspraak van de rechtsorde nooit volledig is ingelost (...).’⁷⁵ Contrafactische begrippen bevatten dan ook een soort voorbehoud bij hun eigen ‘absoluutheidsaanspraak op het ideaal van een rechtvaardige samenleving’⁷⁶ en maken het daardoor mogelijk dat de juridische strijd procedureel is vormgegeven op een wijze die verzekert dat ruimte bestaat voor een pluraliteit van gezichtspunten.⁷⁷

De onschuldpresumptie als contrafactisch rechtsbegrip

Een ongemakkelijk en op het eerste gezicht wat vrijblijvend aspect van de notie contrafactische is haar weinig *concrete* zeggingskracht. Wij schreven eerder al dat de onschuldpresumptie niet per se een *bepaalde* concrete handeling (of het nalaten daarvan) voorschrijft – in zoverre kan iedere concrete uitwerking van voorschriften die aan het beginsel wordt ontleend ook weer worden aangevochten. Sterker: juist haar – hieronder te belichten – contrafactische signatuur impliceert dat de betekenis van de onschuldpresumptie nooit kan worden uit-

73 Foqué en 't Hart, 1990, p. 138-140; F. de Jong, *Straf, schuld & vrijheid. Pijlers van ons strafrecht*, Amsterdam: Sijbolet 2012.

74 Wij bedoelen natuurlijk niet te betogen dat het recht *volkomen* contingent is. Voor een boeiende analyse van de rol van conventionaliteit in het recht, zie A. Marmor, *Social conventions. From language to law*, Princeton/Londen: Princeton University Press 2009.

75 Van Roermund, 1993, p. 272.

76 Idem, p. 279-280. Hierop doelt ook Th. de Boer, ‘Hermeneutiek en ideologiekritiek’, in: H. Kunne- man (red.), *Wetenschap en ideologiekritiek*, Meppel: Boom 1978, p. 96-134, in zijn bespreking van de notie ‘hermeneutisch recht’ (p. 114-121).

77 R. Foqué, *De ruimte van het recht* (inaugurale rede Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

geput door de positiefrechtelijke normering waarin zij in concrete zin gestalte krijgt. De waarde van de onschuldpresumptie is dus onderbepaald door de positiefrechtelijke uitwerking in de verschillende regels van het straf(proces) recht.

Dit neemt niet weg dat de onschuldpresumptie wel degelijk gedragsbepalend wil, moet en kan zijn, ondanks haar uiteindelijk contrafactische hoedanigheid. Wij sluiten ons in zoverre aan bij de hiervoor uiteengezette interpretaties van het beginsel, dat ook wij de onschuldpresumptie betekenis toedichten zowel voor de rechterlijke beoordeling als voor de positie van de verdachte in het vooronderzoek. De grondslag van de gedragssturende werking van de onschuldpresumptie knopen wij evenwel vooral vast aan de sleutelpositie van de rechter ten aanzien van de schuldvaststelling: het rechterlijk oordeel is het moment waarop het voorlopige omslaat in het definitieve. Daarom hechten wij eraan de (historische) samenhang tussen enerzijds deze sleutelpositie aan het eind van het strafproces en anderzijds de uitwerking van de onschuldpresumptie in de voorafgaande fasen van het strafproces te benadrukken: alleen het machtswoord van de rechter onderscheidt op bindende wijze tussen schuld en onschuld.⁷⁸

Uiteraard geeft dit de strafrechter een enorme verantwoordelijkheid en betekent dit dat de vorming van zijn oordeel met uiterst belangwekkende normen en regels omkleed is en moet zijn, teneinde zoveel als mogelijk en redelijk is ervoor te zorgen dat alleen de werkelijk schuldige wordt veroordeeld. Het spreekt dan ook vanzelf dat een abstract beginsel als de onschuldpresumptie voor haar werkzaamheid en afdwingbaarheid verschillende min of meer concrete normen nodig heeft waarin de in het beginsel besloten liggende gedachten worden uitgewerkt. Toch ligt in deze normering op het feitelijke niveau van het geldende strafrecht, als gezegd, volgens ons niet de normatieve kern van de onschuldpresumptie. Die is gelegen in onderstreping van de *voorlopigheid* van alles dat zich als feit of vermoeden aandient, welke voorlopigheid aanhoudt totdat de rechter heeft gesproken.

De voornaamste norm die de onschuldpresumptie stelt, luidt dan ook: de voorstelling van zaken die aan het oordeel van de rechter voorafgaat, worde als *voorlopig*, als niet definitief beschouwd. De term onschuldpresumptie versluiert dat deze norm niet zozeer betrekking heeft op 'onschuld' als tegenhanger van schuld, maar veeleer betrekking heeft op (nog-) niet-schuld als tegenhanger van schuldvermoedens en de uiteindelijke schuldvaststelling. Algemeen wordt onderkend dat de onschuldpresumptie niet een feitelijk vermoeden van onschuld afdwingt en daarom ook niet haaks staat op een bestaand vermoeden van schuld waarmee het strafproces zijn aanvang neemt. Sterker nog, de onschuldpresumptie moet juist in symbiose met het feitelijk vermoeden van schuld worden beschouwd: als de normatieve tegenkracht daarvan, ontleent zij haar betekenis juist aan de feitelijke schuldvermoedens. Het *schuldoordeel* moet worden

78 Stolwijk, 2007, p. 15. Wij gaan hier korthedshalve voorbij aan de mogelijkheid, geboden door artikel 257a e.v. Sv, voor het Openbaar Ministerie om strafbeschikkingen op te leggen en dus zelfstandig een schuldoordeel te vellen.

uitgesteld, opgeschort. Niet mag voordien worden gedaan alsof de schuld reeds is vastgesteld,⁷⁹ daarom moeten we ‘doen alsof’ de verdachte niet schuldig is.

Precies hier manifesteert zich de *contrafactische* essentie van de onschuldpresumptie: de onschuldpresumptie strekt ertoe een tegenwicht te bieden tegen de bewegingen die inherent zijn aan het verloop van een strafprocedure vanaf de verdenking tot aan de eventuele veroordeling. Die bewegingen waarmee de strafprocedure voortwalst, worden door een aantal van de eerder genoemde ‘transitional justice-tendensen’ nog eens in zekere mate verhevigd (roep om hardere straffen, responsiviteit, vermindering distantie). Als contra-notie spaart de onschuldpresumptie een artificiële ruimte uit binnen de woelingen van een strafprocedure waarbinnen vervolgens de verdachte in staat moet zijn op een effectieve wijze gebruik te maken van de verschillende, hem toekomende verdedigingsrechten. Die verdedigingsrechten zijn dus niet zomaar stukken gereedschap die de verdachte ‘nu eenmaal’ heeft en die gerespecteerd moeten worden (dat spreekt vanzelf); de verdachte moet ook in de *positie* verkeren van zijn rechten een effectief, dus niet-illusoir, gebruik te maken. Die positie of ruimte wordt hem verschaft door de onschuldpresumptie, die zich moet manifesteren in de houding en het gedrag van de functionarissen van de strafrechtpleging die met de verdachte te maken krijgen.

Dit is in de eerste plaats zo omdat door de operationalisering van het beginsel van de onschuldpresumptie het besef wordt ingescherpt dat een gerezen verdenking wel eens onterecht of onjuist kan blijken te zijn. Dit impliceert dat uit de contrafactische aard van de onschuldpresumptie rechtstreeks haar functie van ‘inprenting’ voortvloeit.⁸⁰ Daaraan zouden wij willen toevoegen dat deze inprenting ook ‘bijsturing’ kan en soms moet betekenen.⁸¹ De onschuldpresumptie is effectief wanneer de strafrechtelijke autoriteiten zich waar nodig laten corrigeren door de notie die onder het moeizame begrip ‘vermoeden van onschuld’ schuilgaat: een ‘open mind’, in weerwil van het redelijk vermoeden van schuld. Die ‘open mind’ moet het besef toelaten dat schijn kan bedriegen, dat de zaken ook anders kunnen blijken te liggen dan ze lijken of worden voorgesteld.

Dit besef moet het strafproces doortrekken om daarin veruiterlijkt te worden: in het onderzoek van de strafrechtelijke autoriteiten en hun optreden jegens de verdachte met als culminatiepunt de onbevangenheid van de rechter die zich op de terechtzitting ontvankelijk toont voor wat de verdachte te berde wenst te brengen voordat hij een finaal oordeel omtrent de schuld velt. Dit besef kent twee samenhangende elementen: het empirische besef dat de ‘feiten’ en de daarop gebaseerde conclusie dat deze verdachte op deze manier schuldig is aan dit strafbare feit onzeker zijn, mogelijk nog zullen worden gelogenstraft, en het normatieve besef dat alles tot het rechterlijk schuldoordeel fundamenteel aan

79 Mogelijk moet zo ook het opvallende gebruik van het woord ‘veroordeelde’ in plaats van ‘onschuldige’ door Corstens/Borgers worden geduid: als verwijzing juist naar de rechterlijke uitspraak als het omslagpunt tussen mogelijke schuld en (juridisch althans) vaststaande schuld.

80 Corstens/Borgers, 2011, p. 37.

81 Zie Buruma, 2009, die de organisatie van ‘interne tegenspraak’ binnen het Openbaar Ministerie aanwijst als uitwerking van de onschuldpresumptie.

voorlopigheid lijdt. Deze twee elementen treffen elkaar in de noodzaak dat alle actoren en het systeem doordrongen zijn van de immanent beperkte waarheidsaanspraak van het strafrecht en het strafproces.⁸²

Dit laatste voert ons naar nog een tweede, in het verlengde van het voorgaande gelegen opzicht waarin de onschuldpresumptie een positie of ruimte verschaft aan de verdachte die een effectief gebruik van diens verdedigingsrechten mogelijk maakt. Ook en zelfs in gevallen waarin, althans ogenschijnlijk, niet de minste twijfel bestaat aan daderschap (en schuld) van de verdachte is het nodig om uit te gaan van de niet-schuld en de voorlopigheid van de feiten te benadrukken. De onschuldpresumptie biedt niet alleen een tegenwicht tegen vermoedens die mogelijk nog worden gelogenstraft, maar eveneens een tegenwicht – op dieper niveau – tegen het in iedere strafprocedure opnieuw bevestigde ‘dominante weten’.⁸³ Het positieve strafrecht kan worden beschouwd als een gesteld fragment van de moraal. Maar de eerder besproken tendensen laten zien dat intussen de moraal in de samenleving onder deze stolling aan het wegstromen is; in zoverre dient het strafrecht op enigerlei wijze uitdrukking te geven aan het besef dat het nooit een geheel sluitende, definitieve rechtvaardiging kan bieden voor inhoud en toepassing van zijn normen.

Zelfs in het aangezicht van het ergste kwaad moet het recht het inzicht tegen zich laten gelden dat de reactie die het op dat kwaad geeft niet volledig kan worden gelegitimeerd, en wel omdat het recht altijd ‘gesteld’ is, altijd het product is van een ingreep die samenhangt met het beeld dat een samenleving van zichzelf heeft. In en door de onschuldpresumptie brengt het recht tot uitdrukking dat het, voorlopig, zijn eigen gelijk, zijn eigen aanspraak op legitimiteit opschort. De onschuldpresumptie spaart daarmee een kunstmatige ruimte uit waarbinnen de verdachte zijn verhaal en visie geldend kan maken, in kan brengen binnen het strafrechtelijk systeem dat op zijn beurt eventueel afwijkende gezichtspunten op de casus en uiteindelijk mogelijkwijs van het ‘dominante weten’ afwijkende werkelijkheidsvisies (’t Hart) tegen zich laat gelden, voordat uiteindelijk de knoop in het vonnis wordt doorgehakt.

Besluit

Twee gevolgtrekkingen verbinden wij aan onze hierboven geschetste opvatting van de onschuldpresumptie. Ten eerste heeft de onschuldpresumptie alles te maken met het *gezag* van de rechter. Zij is gegrondvest op en staat ten dienste van de bewaking van het gezag van de rechter zijnde degene, de enige, die het rechtsgeldige schuldoordeel kan vellen. De onschuldpresumptie strekt tot bevestiging en instandhouding van dit gezag. Daarom postuleert zij voorlopigheid totdat de rechter dit gezag laat gelden. Ten tweede moet zij worden beschouwd als een contra-notie; Keijzers ‘tegengif’ is een aansprekende aandui-

82 In dit opzicht is de onschuldpresumptie inderdaad ‘het geweten van het strafproces’, zie Stevens, 2010, p. 545.

83 Zie A.C. ’t Hart, *Recht als schild van Perseus*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

ding. In dit verband hebben wij ons uitdrukkelijk rekenschap gegeven van het contrafactische karakter dat de onschuldpresumptie toekomt. De onschuldpresumptie is niet gelijksoortig aan een feitelijk vermoeden. Evenmin gaat zij op in een bepaalde constellatie van feitelijke condities waaronder zij vervuld zou zijn, noch kan zij worden beschouwd als de uitwerking van een vastomlijnd rechtsideaal.⁸⁴

In onze opvatting als contra-notie komt vooral de bemiddelende positie van dit rechtsbegrip tot uiting: de onschuldpresumptie bewerkstelligt een hoogst noodzakelijke vertraging binnen het procedé waarin feiten die in het strafproces worden opgehelderd worden verbonden met rechtsregels. Ook hier weer zien wij de verbinding tussen de (feitelijke) mogelijkheid dat de zaken anders blijken dan zij lijken, en de normatieve voorlopigheid die aanzet tot uitstel of opschorting van het schuldoordeel. De kunstmatige ruimte voor andersluidende interpretaties van feiten en recht die het 'open-ended' rechtsbegrip van de onschuldpresumptie moet creëren, wordt verwezenlijkt in de afscherming van de verdachte ten opzichte van de bevoegdheden van de autoriteiten en in het processuele platform dat aan diens verhaal moet worden geboden. Derhalve benadrukt de onschuldpresumptie in het bijzonder de functie van de terechtzitting als forum voor tegenspraak. Deze functie overlapt niet met de verdedigingsrechten die de verdachte geldend kan maken, maar staat ernaast. De onschuldpresumptie vereist dat de verdachte daadwerkelijk de ruimte en de aandacht van dit platform van tegenspraak wordt geboden.⁸⁵

Hoewel de strekking van de onschuldpresumptie hierboven is omschreven als een te verinnerlijken notie die in het concrete optreden veruiterlijkt moet worden, is de opvatting van de onschuldpresumptie als louter inspiratienorm voor de individuele strafrechtelijke actoren te beperkt. Gelet op haar betekenis van proces-overkoepelende norm die de rechtsbescherming van de verdachte koppelt aan de bescherming van het rechterlijk gezag, verdient de onschuldpresumptie het om ingebed te zijn in de structuur van het strafproces en in het systeem van het strafprocesrecht en bovenal om daarin als zodanig te (kunnen) worden (h)erkend en verwezenlijkt. De verschillende, sterk ideologische tendensen binnen het hedendaagse strafrecht maken juist de machts- en ideologiekritische waarde van de praesumptio innocentiae veel belangrijker dan waarvoor zij lange tijd gehouden is. Zij brengen mee dat de structuur en het systeem van het strafrecht met een meer nadrukkelijke vooropstelling van de onschuldpresumptie moeten worden geïnterpreteerd.

84 Vgl. A.C. 't Hart, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: KNAW 1995, p. 25-26.

85 Vgl. Corstens/Borgers, 2011, p. 38.

